This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 773 840

Serafini

Del celebre framento di ulpiano

PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

HARVARD LAW LIBRARY

Received Nov 18, 1920

Italy

Hr. Prof. Dr. jurid. Eisele
Freiburg in Br.
43

NUOVA INTERPRETAZIONE

DEL CELEBRE FRAMMENTO DI ULPIANO

LEGGE XXV §. XVII DIG. LIB. V TIT. III

DE HEREDITATIS PETITIONE

DI

FILIPPO SERAFINI

PROFESSORE DI PANDETTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

GIÀ PROFESSORE NELLE UNIVERSITÀ DI PAVIA, BOLOGNA E ROMA

JUIN 78

BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1878

NUOVA INTERPRETAZIONE

DEL CELEBRE FRAMMENTO DI ULPIANO

LEGGE XXV §. XVII DIG. LIB. V TIT. III

DE HEREDITATIS PETITIONE

DI

FILIPPO SERAFINI

PROFESSORE DI PANDETTE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

GIÀ PROFESSORE NELLE UNIVERSITÀ DI PAVIA, BOLOGNA E ROMA

BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1878

FOR TX
S

(Estratto dall' Archivio Giuridico, Vol. XX. Fasc. 4.°)

NOV 1 8 1920

A

CARLO GIORGIO BRUNS

I.

La legge 25, §. 17, de hereditatis petitione, che porge argomento alla presente memoria, non si occupa del giudizio di petizione di eredità, ma riguarda principalmente le relazioni dell'erede rivendicante coi terzi, che hanno acquistato dal possessore di buona fede cose ereditarie, e secondamente quelle dell'uno e degli altri col possessore medesimo.

Eccone il testo preciso:

« *Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio* » *factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae* » *sint, vindicare petitor ab emptore possit? et si vindicet, an* » *exceptione non repellatur* quod praeiudicium hereditati non fiat » inter actorem et eum qui venum dedit, *quia non videtur venire* » *in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi* » *emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? et puto posse* » *res vindicari:* **nisi emptores regressum ad bonae fidei pos-** » **sessorem habent.** *Quid tamen si is qui vendidit paratus sit* » *ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret* » *conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona empto-* » *rum. Certe si minori pretio res venierint et pretium quod-* » *cumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici* » *exceptione eum summoveri: nam et si id quod a debitoribus* » *exegit possessor petitori hereditatis solvit, liberari debitores* » *Julianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei* » *possessor sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et* » *ipso iure eos liberari* ».

Ulpiano, è agevole avvertirlo, si propone, come tesi principale, di decidere se l'erede, provando la sua qualità di proprietario, possa rivendicare dai terzi le cose ereditarie, loro vendute dal possessore dell' eredità.

Il principio che lo stesso giureconsulto c' insegna nel noto aforismo « nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet » (l. 54. Dig. de reg. iuris) ci conduce ad affermativa risposta: i terzi che hanno comprato da un semplice possessore, e quindi *a non domino*, devono soccombere nel giudizio di rivendicazione promosso dal proprietario, salvochè abbiano usucapito le cose comprate.

Tutti gli interpreti sono concordi nell' ammettere, che di regola cotesta massima si conviene anche alle alienazioni fatte da un possessore dell' eredità: la disparità dei pareri sorge soltanto nel determinare, se quel principio abbia altri limiti oltre quello già indicato dell' usucapione. La dottrina professata dai più si è, che l' erede non possa rivendicare le cose ereditarie dai terzi, quando questi abbiano il diritto di regresso verso il possessore dell' eredità, dal quale ne fecero acquisto; strana opinione, unicamente fondata sulle parole « *et puto posse res vindicari: nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent* ».

Se ciò fosse vero, siccome il compratore evitto, tolto il caso di rinuncia, ha sempre il diritto di regresso verso il venditore, così ne risulterebbe la regola opposta, sarebbe cioè negato al proprietario per eredità il diritto di rivendicare le cose sue dai terzi detentori.

La quale conseguenza urta talmente contro tutti i principî del diritto romano, che indusse il celebre Fabro a correggere il testo, leggendo *etsi* in luogo di *nisi* (1), laddove il Francke sostituì di recente al *nisi* la particella *licet* (2), nè mancò chi proponesse correzioni ancora più ardite (3).

(1) **Ant. Fabri**, *Rationalia in Pandectas* ad l. 25. §. 17. de hered. pet. V. 3. (Lugduni 1659, tom. II. pag. 273). La proposta del Fabro è stata accolta anche da altri.

(2) **Francke**, *Exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione*, Göttingen 1864, pag. 309. La sostituzione della congiunzione *licet* in luogo di *nisi* è indicata anche in margine dell' Haloandrina. Il **Mommsen** nella sua recente edizione delle Pandette dubita egli pure che le parole *nisi emptores regressum habent* sieno interpolate. Vedi più avanti la nota 12.

(3) Il **Bolze** nell' *Archiv für civilistische Praxis* LVII. pag. 272 sostituisce alle parole *emptores habent*, che si leggono in tutti i manoscritti, quelle di *heres habeat*.

Avversi per massima alle correzioni arbitrarie dei testi, ci proponiamo di provare che, senza il minimo cambiamento, le parole di Ulpiano, rettamente interpretate, conducono, come è logico ed equo, ad accordare all' erede la rivendicazione contro i terzi detentori, salvo a questi il diritto di regresso verso il loro autore.

II.

Prima d' esaminare a parte a parte le parole d' Ulpiano, ci sembra pregio dell' opera riferire brevemente quei casi, nei quali, anche secondo la dominante opinione, l' erede ha diritto di rivendicare dai terzi detentori le cose ereditarie, sebbene le abbiano acquistate in buona fede dal possessore dell' eredità.

Se questi in primo luogo ne ha donato alcune, non v' ha dissenso nel riconoscere all' erede il diritto di rivendicarle dai donatari, anche ove sieno in buona fede.

Inoltre nella legge 25. §. 14. de hered. petitione, lo stesso Ulpiano dice espressamente che l' aver dato il possessore dell' eredità, per garantire i suoi creditori, a pegno cose ereditarie, non pregiudica le ragioni dell' erede, il quale può senza alcun ostacolo rivendicare gli oggetti pignorati.

Se infine il possessore abbia venduto l' intiera eredità, l' erede può agire con l' *utilis hereditatis petitio* contro il compratore della medesima, senza distinguere se questi abbia acquistato in buona o in mala fede. Senza titubanza possibile l' insegna la l. 13. §. 4. h. t. « *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem* ». Secondo la più stretta indole del diritto, l' azione da promuoversi contro il compratore dell' eredità per ottenere le singole cose dovrebbe essere la *rei vindicatio*, ma per evitare il fastidio di tanti giudizi particolari *(ne singulis iudiciis vexaretur)* il giureconsulto accorda una *utilis hereditatis petitio*; azione che non cessa di spettare all' erede, quantunque il venditore abbia alienato per un prezzo molto basso e mercè della buona fede non debba rispondere se non nei limiti del suo arricchimento. Che anzi per questo caso in ispecie sembra conveniente

ad Ulpiano che l'erede, invece di agire contro il venditore dell'eredità, si volga al compratore, il quale alla sua volta può rivalersi contro il suo autore dell'evizione sofferta; dimodochè il possessore di buona fede dell'eredità ha verso il compratore una responsabilità più grave e più ampia di quella che avrebbe avuto verso l'erede che avesse promosso contro di lui la *hereditatis petitio directa* (4).

Fin qui gli autori sono più o meno d'accordo: ma quando si tratta della vendita di cose singole fatta dal possessore dell'eredità, sorge il dissenso onde teniamo discorso. La comune opinione, come già dicemmo, a nostro avviso erronea, nega in questo caso all'erede l'azione contro il compratore, ogni qual volta questi abbia il diritto di regresso verso il venditore. Ma, a sostenerla, niun valido argomento fu addotto giammai, ove se ne tolga l'autorità della legge 25 §. 17 de hereditatis petitione, interpretata, per un equivoco, in modo alieno dal suo vero e logico senso (5). Chè anzi, facendo astrazione per ora da cotesto passo, il retto senso giuridico, l'indole generale e gli affini insegnamenti del diritto romano ci inducono a rigettarla, come apparisce dai seguenti principali riflessi:

1. È principio incontrastato che il proprietario può rivendicare le cose sue da qualunque terzo detentore, senza distinguere se que-

(4) Vedi **Francke**, *op. cit.*, pag. 152-157, e **Materini** che ha compendiato molto bene il Francke ne' suoi *Studi intorno all' art.* 933 *del codice civile italiano*, Roma 1872. Consulta pure **Vangerow**, *Lehrbuch der Pandekten*, II. §. 508 e gli autori ivi citati.

(5) Senza fare una lunga lista di scrittori che seguono la communis opinio, citiamo i più autorevoli. Fra gli antichi, oltre alcuni glossatori, rammento **Bartolo**, *ad l. Sed et si lege* §. *Item si rem* (Opp. omn. I, pag. 411); **Donello**, *Comment. de iur. civ.* lib. 19, cap. 14 §. 35 (Opp. omn. Florentiae 1844, tom. V. pag. 775); **Voet**, *Comment. ad Pand.* de hered. pet. V. 3. n. 18; **Pothier**, *Pandette* h. t. V. 3. sez. 2; **Glück**, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* VII. §. 568-569, pag. 560-561. Fra gli scrittori recenti: **Vangerow**, *l. c.* II. §. 508, nota I. num. 3; **Sintenis**, *Das practische gemeine Civilrecht* III. §. 191 nota 16; **Arndts**, *Civilistische Schriften* II. pag. 278 e seg. Rechtslexicon V. 228 (consulta pure la nostra traduzione delle *Pandette* del medesimo Autore, vol. III, §. 534); **Windscheid**, *Lehrbuch des Pandektenrechts* III. §. 612, nota 15; **Seresia**, *De la petition d' hérédité* num. 239; **Keller**, *Pandekten* §. 547; **Dernburg**, *Verhältniss der hereditas petitio zu den erbschaftlichen Klagen* p. 54; **Maynz**, *Cours de droit romain* III. §. 409; **Unger**, *Das Erbrecht* §. 53.

sti le abbia avute in buona o in mala fede, se gli spetti o no il diritto di regresso, e senza riguardo alla buona o mala fede del suo autore (6): nè tal massima patisce la minima eccezione, poichè, lo si avverta bene, il proprietario può rivendicare le cose sue dai terzi detentori perfino nel caso che le avessero comprate da un erede effettivo. Ciò posto, se le abbiano avute da un semplice possessore dell' eredità, per qual ragione dovrebbe negarsi all' erede il diritto di rivendicarle contro loro? Forse chi è divenuto proprietario a titolo d' eredità deve essere meno protetto di chi è tale in virtù d' un altro titolo qualsiasi? No certamente; anzi il proprietario erede, se agisce contro il possessore dell' eredità, ha diritto di chiedere anche il prezzo ritratto dalla vendita delle cose ereditarie: laddove nella *rei vindicatio* il possessore di buona fede non risponde del prezzo delle cose alienate. È lecito dedurre da ciò, che, per questo riguardo almeno, la legge difende l' erede anche più d' ogni altro proprietario. Ora se il terzo detentore deve restituire la cosa al proprietario, perfino nel caso ch' egli l' abbia acquistata da un possessore di buona fede, ed abbia diritto di regresso verso di lui, e se più *lata* è la responsabilità del possessore pro herede, non è egli assurdo il *limitare*, il togliere anzi questa sua responsabilità negando al proprietario la rivendicazione contro il terzo detentore? Se questi per principio generale di diritto non può invocare contro la *rei vindicatio* del proprietario la buona fede del suo autore, perchè mai sarà dato invocarla a colui che acquistò da un possessore dell' eredità?

Nè si obietti che anche secondo il codice civile italiano « sono sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll' erede apparente » (art. 933); dappoichè bisogna por mente che lo stesso art. 933 obbliga in ogni caso l' erede apparente a restituire il prezzo dei beni ereditari venduti, senza distinguere se si trovi tuttora presso il venditore o sia stato disperso; laonde il proprietario, se anche non può rivendicare la cosa venduta in buona fede dall' erede apparente, in ogni modo ne consegue il prezzo (7). Pel diritto romano, invece, non potendosi chiedere il prezzo quando più non si trovi presso il

(6) **Arndts-Serafini**, *Trattato delle Pandette* III. §. 166.

(7) **Bianchi**, *Corso elementare di codice civile italiano* I. pag. 790; **Maierini**, *l. c.* pag. 75; **Pacifici-Mazzoni**, *Trattato delle successioni* vol. V. n. 111 e seg.; **Mattei**, *Commentario sull' art.* 933.

possessore di buona fede, nè sia stato rivolto ad aumento effettivo del suo patrimonio, l'erede verrebbe a perdere e cosa e prezzo; la quale conseguenza sarebbe così iniqua da scusare il Troplong, ove afferma che la supposta teoria romana manca di buon senso (8).

2. I terzi, sebbene esposti alla perdita della cosa e del prezzo, non possono sfuggire agli effetti della rei vindicatio, opponendo la mancanza del regresso contro i loro autori: sarebbe in conseguenza assurdo riconoscere tale eccezione in chi possa col regresso rivalersi. Si potrebbe bensì inversamente concepire che la legge venisse in aiuto dei primi per evitar loro un irreparabile danno: ma se essa nemmeno in cotesto caso modera il suo rigore, è un vero controsenso ammettere tanta benignità per chi può rivalersi contro il proprio autore.

3. Per altra e più potente ragione, ove dovesse accettarsi la comune teoria, Ulpiano avrebbe peccato contro la logica: egli avrebbe detto, che il proprietario può rivendicare dai terzi de-

(8) **Troplong**, *Hypothèques* II. n. 468, *Vente* II. n. 960. Cf. **Duranton**, I. n. 565. 578, IV. n. 31. XIX. n. 352; **Vazeille**, art. 756 n. 2; **Marcadè**, art. 137; **Championnière**, *Revue de législation* 1843 I. p. 238; **Grenier**, *Traité des hypothèques* I. n. 51. 152; **Proudhon**, *De l'usufruit* III. n. 1319; **Larombière**, *Traité des obbligat.* I. art. 1165; **Sampolo**, nella memoria citata alla nota 26; **Mourlon**, *Répétit. ecrit.* II. p. 81; **Hureaux**, *Traité du droit de succession* III. n. 209; **Laurent**, *Droit civil* II. n. 258. Questi autori, credendo erroneamente che il proprietario perda e la cosa e il prezzo, trovano questa falsa teoria romana tanto assurda, che non la credono più applicabile al diritto francese, ed insegnano invece che i terzi acquirenti restano sempre esposti alla rivendicazione del vero erede finchè non abbiano usucapito. E quei pochi scrittori francesi, i quali negano all'erede l'azione di rivendicazione contro i terzi, che in buona fede acquistarono la cosa a titolo oneroso dall'erede apparente, gli concedono in compenso il diritto di pretendere da quest'ultimo il prezzo, senza distinguere se l'abbia conservato o se l'abbia consumato in tutto o in parte (**Pothier**, *De la propriété* n. 429; **Zachariae**, IV. §. 616 e la nota 10 di Puchelt al §. medesimo; **Aubry** et **Rau**, V. p. 188; **Demolombe**, *Traité de l'absence* n. 224). E così ebbe a decidere anche la cassazione francese, 20 gennaio 1841 (Dev. 1841, I, 231): opinione che appunto venne riprodotta dal codice civile italiano. Ma qualunque delle due teorie si voglia seguire, si arriva pur sempre ad un risultato equo, laddove conculca tutti i principî di giustizia la dottrina comunemente insegnata dai pandettisti, che cioè quando il possessore dell'eredità abbia consumato il prezzo ricavato dalla vendita di cose non sue, il proprietario rimanga spogliato della proprietà delle medesime, senza tampoco poterne conseguire il prezzo.

tentori le cose sue — *puto res vindicari posse* — e poi avrebbe soggiunto ch' egli può rivendicarle salvochè i terzi compratori abbiano il diritto di regresso verso il venditore. Ora siccome, meno il caso di rinuncia, i terzi compratori hanno *sempre* il diritto di regresso verso il venditore, così ne viene che il proprietario per regola **non può** rivendicare le cose sue: onde il giureconsulto, invece di dire che le cose **si possono** rivendicare avrebbe dovuto più propriamente decidere che **non si possono** rivendicare.

4. Nè Ulpiano avrebbe solamente violato le regole più elementari della logica, ma sarebbe perfino caduto in contraddizione con se stesso. Nella l. 13. §. 4. e 5 de hereditatis petitione, tratta dallo stesso libro della sua opera intorno all' Editto, e poc' anzi da noi stessi ricordata, insegnando che, per non vessare il compratore con tante rivendicazioni speciali, fu contro di lui accordata la *utilis hereditatis petitio*, ammette espressamente che a rigore di diritto l' erede potrebbe promuovere la rivendicazione contro il compratore dell' eredità, senza distinguere se questi abbia o no il diritto di regresso verso il venditore (9).

Non è egli assurdo non solo l' ammettere, ma fino il pensare, che quel grande giureconsulto a breve distanza, contraddicendo se stesso, abbia voluto negare all' erede la rivendicazione contro il compratore di cose ereditarie se questi ha il regresso verso il venditore?

(9) L. 13. Dig. de hered. pet. (Ulp. libro XV ad Edictum) §. 4. « *Quid, si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari*, ne singulis iudiciis vexaretur? *Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et bonae fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Gaius Cassius* dandam utilem actionem. §. 5. *Idem erit dicendum, etsi parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit; nam putat dicendum Papinianus, adversus fideicommissarium dari actionem; ab herede enim* non expedit *perexiguum pretium habente* ». — Da questo testo risultano, fra le altre, le seguenti conseguenze: 1.° che l' erede ha l' utilis hereditatis petitio contro il compratore dell' eredità; 2.° che questa *utilis petitio* è concessa per evitare il fastidio di tante rivendicazioni speciali *(ne singulis iudiciis vexaretur)*; 3.° che l' erede potrebbe bensì convenire il venditore per ottenere il prezzo *(venditorem enim teneri certum est)*, ma siccome potrebbe darsi, che il venditore più non vivesse o avesse venduto ad un prezzo modico, così non mette conto all' erede agire contro il venditore *(non expedit)* e gli si accorda quindi l' azione utile contro il compratore *(et putat dandam utilem actionem)*.

La stessa Glossa, commentando le parole *nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*, dopo avere argomentato a contrariis « *si ergo habent regressum, non convenitur emptor* » soggiunge che questa legge è in aperta contraddizione con altri testi dello stesso Ulpiano: « *sed contra supra eo.... ubi dicit utilem actionem indistincte in emptorem dari* ». Fra i glossatori alcuno credette di conciliarli, dicendo che la legge 13 §. 4 e 5, ove si accorda senz' altro l' azione contro il compratore, parla della vendita dell' intiera eredità, laddove nella l. 25 §. 17 si contempla il caso dell' alienazione di cose singole; altri spiegarono la discordante sentenza col dire che nel primo caso si parla della *hereditatis petitio*, e nel secondo si tratta della *rei vindicatio*. Accursio rigettò entrambi questi tentativi come insufficienti (10) e imaginò una spiegazione, che implicitamente condanna la dottrina comunemente insegnata. Ecco infatti le sue testuali parole: « *Hic loquitur cum iusto pretio vendita est res hereditaria et comparebat venditor; alioquin licet venditor teneretur de evictione, nihilominus emptor tenebitur rei vindicatione* ». Gli stessi glossatori non seppero quindi imaginare una ragione sufficiente per ispiegare la strana teorica, a torto attribuita ad Ulpiano, che il proprietario non possa ripetere le cose sue quando i compratori hanno diritto di regresso verso il venditore (11).

5. Infine, pel falso significato attribuito al frammento di cui teniamo parola, al proprietario sarebbe tolto ogni suo diritto: egli non può agire contro il possessore dell' eredità che ha venduto le cose ereditarie, perchè questi non ha nè la cosa nè il prezzo (*rem distraxit, nec pretio factus sit locupletior*); egli non può agire contro i terzi compratori pel loro diritto di regresso verso il

(10) **Glossa** ad l. 25. §. 17. verb. *habent*: « Alii dicunt quod hic loquitur re singulari, ibi vendita universitate; alii quod hic ageretur rei vindicatione, ibi hereditatis petitione: *sed hae duae non valent, quia hoc est notare casuum diversitatem ratione contempta; quae ratio est utrobique, quia tenetur venditor de evictione* ».

(11) Il Gothofredo, commentando le parole di Ulpiano « puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent » così si esprime: « *Atquin hic casus pene intelligi, aut certe numquam accidere potest: cum perpetuo sit iniquum emptori in venditorem regressum negari: tunc enim venditor pretium retineret, emptor autem rem amitteret, quod est iniquum* » (**Dionisii Gothofredi**, *Corpus iuris civilis*, Amstelodami 1663, ad l. 25. §. 17. h. t. nota 81).

venditore. Dall' altro lato poi, è facile avvertirlo, il possessore dell' eredità che ha alienato cose ereditarie non ha nulla da temere, nè da parte del vero erede, che non lo può convenire colla hereditatis petitio, nè da parte dei compratori, i quali, spogli d' ogni timore d' essere evitti, non possono pretendere alcun che da lui. Eppure Ulpiano dice che i compratori hanno un' eccezione da opporre all' erede quando il venditore è pronto ad assumere egli stesso la lite *(si is qui vendidit paratus sit defendere hereditatem, incipit exceptio locum habere ex persona emptorum)*. Se, come abbiam mostrato, dalla comune opinione ne segue che il venditore non risponde nè di fronte all' erede, nè di fronte ai compratori, come può mai supporsi che assuma in proprio la lite? Che vantaggio può egli mai sperare intentando un tale processo? E quando pure si voglia immaginare il caso stranissimo, per non dire impossibile, che un venditore di cose ereditarie, il quale è libero da ogni responsabilità, assuma spontaneamente, senza alcun interesse e senza motivo alcuno, il peso di una lite, come è mai credibile, che l' alta mente d' uno de' più logici e pratici giureconsulti ponesse un caso sì strano come punto di partenza al suo argomentare e ne deducesse importanti conseguenze giuridiche?

Per l' opinione omai a sufficienza mostrata assurda, il passo controverso, ridotto in linguaggio più piano, usuale, si tradurrebbe in questo ragionamento: « Se l' erede promuove la rivendicazione contro i compratori delle cose ereditarie, essi possono opporvisi quantunque volte abbiano, come sempre hanno, il regresso verso il venditore; se questi però assume la lite sopra di sè, allora nasce in loro l' eccezione colla quale possono opporsi alla domanda dell' erede!! »

Se i compratori hanno sempre il mezzo di rigettare la domanda dell' erede, si sarebbe egli potuto dire, sanamente argomentando, che l' eccezione per rigettarla comincia in loro soltanto allora che il venditore assuma il processo? E si ponga mente alle precise parole a questo fine adoperate: **Quid tamen**, *si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur?* **incipit** *exceptio locum habere ex persona emptorum* », ove il **quid tamen** prova che si vuol dire qualche cosa di diverso da quello che era stato insegnato in precedenza: chè se prima avesse il giureconsulto deciso, che i compratori di cose ereditarie possono rigettare la rivendicazione dell' erede, non vi sarebbe diversità; e il *quid tamen* non avrebbe senso. Ulpiano inoltre, propostosi di

sciogliere la quistione nel caso in cui il venditore sia pronto a sostenere la lite, dice che allora, ma allora soltanto, nasce l'eccezione nella persona dei compratori (**incipit** *exceptio locum habere ex persona emptorum*): se essa *incipit* solo quando il venditore *paratus sit defendere hereditatem*, è segno evidente che prima non esisteva.

Questi argomenti sono di tal forza che, fin dal principio ne abbiamo fatto cenno, insigni interpreti, sospettando il testo della l. 25 §. 17 corrotto, in vari modi tentarono di emendarlo; ma, essendo la lezione *nisi emptores regressum habent* incontrastabile (12), noi ci proponiamo di dimostrare non esservi necessità di ricorrere a cotesto estremo rimedio.

III.

L' errore in cui caddero tutti gli interpreti, nessuno eccettuato, è di non aver posto mente, che in latino la parola *nisi*, oltre al suo significato ordinario, ha pur quello di *sed*, *sed tamen*, *verumtamen*, *ma però*, *senonchè*, *ben inteso che*.

Che il *nisi*, specialmente quando, come nel caso concreto, regge l' indicativo (13), possa tradursi per *ma*, *ma però*, *senonchè*, *ben inteso che*, è luminosamente provato dal frequente uso dei classici, e in ispecie dagli esempi tolti dalle opere di Plauto, Terenzio, Livio, Catone, Cicerone, Sallustio, Cesare, Svetonio, Gellio, Apuleio, Quintiliano, che riferiremo più innanzi. Qui ci basti osservare che i più riputati lessicografi e grammatici sono concordi nell' attribuire al *nisi* quel significato (14): così, ad esempio, l' Hoto-

(12) La lezione *nisi* si trova in tutti i manoscritti ed è inoltre confermata anche dai Basilici i quali hanno εἰ μὴ ἄρα ὁ ἀγοραστὴς τούτου γινομένου δύναται ἐνάγειν τῷ πράτῃ (Bas. XLII. 1, 25). Anche il **Windscheid** §. 612 nota 15 dichiara che la lezione « nisi » è *unbestreitbar*.

(13) Il *nisi*, nel senso di *semprechè non*, regge bensì talvolta l' indicativo: ma, come osserva il Kühner, ciò accade per lo più se la condizione viene espressa come un che di certo; quando, come nel nostro caso, la condizione viene espressa come cosa supposta, allora il *nisi* regge il soggiuntivo, il che non avvenendo è forza dargli un altro significato: (« *Der Indicativ steht in diesen Sätzen*, *wenn die Bedingung als etwas* Gewisses *ausgesprochen wird. Wenn die Bedingung als etwas* Vorgestelltes *ausgesprochen wird, dann steht der Conjunctiv* »). (**Kühner** *Schulgrammat. der lat. Sprache* § 154).

(14) **Forcellini** *Totius latinitatis lexicon* v. Nisi; **Bazzarini** *Vocabola-*

manno, sommo giureconsulto e filologo, commentando l'orazione di Cicerone in difesa di Roscio Amerino, fa questa osservazione: « **nisi** *pro* **sed** *antique et eleganter positum, ut apud Plautum et apud Terentium multis locis* (15) »: e lo stesso c' insegna il dotto Tursellino, il quale adduce esempi di Cicerone e di Catone per provare che il *nisi* significa *sed, verumtamen, praeterquam, fuorchè, ma però, senonchè* (16).

Inteso il *nisi* nel senso di *senonchè*, tutto procede naturalmente, e il testo di Ulpiano, lungi dall' essere, come afferma il Francke, il più difficile di tutto il titolo e pieno di incertezze, riesce anzi piano, facile e degno, pei logici e sani pensieri, del suo grande autore.

Esaminiamolo periodo per periodo.

Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit?

Parimente, se il possessore di buona fede ha venduto i beni ereditari nè si è arricchito col prezzo, può egli il petitore rivendicare dal compratore le singole cose se non sono peranco usucapite?

Come è noto, l' erede, intentando contro il possessore della eredità la *hereditatis petitio*, ottiene tutte le cose che appartengono all' eredità considerata come una *universitas*, sieno corporali o incorporali; e non solo quelle che fin dal principio facevano parte

rio latino italiano v. Nisi; **Vallauri** *Lexicon latini italique sermonis* v. Nisi; **Quicherat** et **Daveluy** *Dictionnaire latin-français* v. Nisi. — Consulta pure i vocabolari del Freund, del Grote, del Klotz, del Parens.

(15) **Hotmani** *Opera omnia* (apud Vignon et Stoer) tom. III. pag. 839.

(16) **Tursellini** *De particulis latinae orationis.* Così pure il **Kühner** l. c. insegna che *nisi* ha talvolta il significato di *sed (jedoch).* Lo stesso **Hand,** *Tursell. seu de partic. lat.* IV. 234 seg., sebbene tenti di spiegare diversamente un passo di Plinio ed altri, dove il *nisi* è spiegato per *sed* dalla maggioranza degli interpreti, ammette però, che in alcuni esempi dei classici *nisi* ha il significato di *sed.* Vedi sopratutti **Paul. Manut.** *ad Cic.* 13 *Fam.* 1; **Ald. Manut.** *ad Sall. lug.* 24; **Drakenborg** *ad Liv.* 24. 20. 10; **Gronov.** *ad Plaut.* passim; **Ruhnken** *ad Ter. Andr.* 4. 1. 40; **Schwarz** *ad Plin.* 86. 5; **Oudendorp** *ad Apul. Met.* 283; **Dukerus** *ad Flor.* 1. 22. 3; **Walther** *ad Tacit.* I, *Ann.* 83.

dell'eredità, ma anche le altre surrogate alle medesime, come il prezzo delle cose ereditarie alienate, o viceversa le cose acquistate col denaro dell'eredità; e così pure tutti i frutti e proventi che si sono ottenuti colle cose medesime (17). Tuttavia i possessori di buona fede, che abbiano in qualunque modo cessato di possedere cose ereditarie prima della contestazione della lite, sono tenuti verso l'erede solo per quel tanto di cui siansi arricchiti *(usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent* — l. 20. §. 6. h. t.).

Suppongasi ora che l'erede non possa mediante la *hereditatis petitio* conseguire il prezzo delle cose vendute, in quanto che il venditore non siasi arricchito mediante la vendita *(nec pretio factus sit locupletior);* potrà in tal caso l'erede promuovere l'azione di rivendicazione contro i terzi detentori ossia contro i compratori delle cose ereditarie?

È principio notissimo di diritto romano, che ogni proprietario, qualunque sia il fondamento giuridico, dal quale deriva il suo diritto di proprietà, può rivendicare le cose sue da ogni terzo detentore: l'unica indagine quindi che ci resti a fare, si è, se al compratore convenuto colla *rei vindicatio* possa per avventura competere qualche eccezione. Se l'erede, invece di agire contro i terzi compratori, avesse a promuovere la rivendicazione contro il *possessor pro herede,* questi gli potrebbe senza dubbio opporre l'eccezione pregiudiziale *ne praeiudicium fiat hereditati* e obbligarlo così a fare in precedenza decidere chi dei due contendenti sia il vero erede. Ma di cotesta eccezione, che può accamparsi fra due persone che si contrastano la qualità di erede, potranno per avventura valersi anche i terzi compratori? Ulpiano risponde negativamente nel periodo che segue:

Et si vindicet, an exceptione non repellatur quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit, *quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores*

E se le rivendica, non potrà egli essere rigettato coll' eccezione, che non si faccia pregiudizio all' eredità fra l' attore e colui che ha venduto, *dappoichè nell'azione di petizione dell' eredità non entra il prezzo*

(17) L. 14. §. 2, L. 20. pr. §. 1-3 D. de her. pet. 5. 3. — Consulta **Arndts-Serafini** *Pandette* III. §. 533.

reversuri sunt ad eum qui distraxit.

di quelle cose, quantunque i compratori soccombenti possano rivolgersi a colui che alienò?

Della *exceptio praeiudicii* tien discorso anche Giustiniano in una sua costituzione: « *Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei praeiudicium. Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi* (18) ». Siccome appare da questo passo, anticamente l'azione di petizione di eredità era di competenza esclusiva del tribunale dei centumviri. Se fra due persone, che si contrastavano la qualità di erede, una, facendosi attrice, invece di promuovere la *hereditatis petitio,* esercitava contro l'altra un' azione speciale per rivendicare una cosa singola facente parte dell' eredità, il convenuto poteva opporre la eccezione *ne praeiudicium fiat hereditati,* perchè veramente, ammettendosi la rivendicazione, si sarebbe sottratta la cosa rivendicata al giudizio di petizione di eredità, riservato alla competenza dei centumviri, e si sarebbe decisa una disputa particolare ed accessoria prima di risolvere la questione generale e principale, quale dei due contendenti avesse la qualità di erede.

Ciò premesso, era naturale si negasse cotesta eccezione al terzo detentore di cose ereditarie, comprate dal possessore dell' eredità. E difatti come può dirsi che si pregiudichi la questione sulla qualità di erede che si agita fra l' attore e il *possessor pro herede,* qualora il primo si rivolga contro il compratore per rivendicare singole cose ereditarie? Il giudizio di petizione di eredità non ha alcun rapporto col giudizio di rivendicazione, nè per l' oggetto della domanda, nè pel titolo su cui si fonda, nè infine per le persone fra cui ha luogo, nè vi è quindi conflitto o contraddizione possibile fra i risultati dell' uno e dell' altro, e non si comprenderebbe la ragione per cui dovesse ammettersi la *exceptio praeiudicii* che si riferisce a casi di natura affatto diversa. Per altra parte, supposto che l' erede abbia rivendicato dal compratore la cosa ereditaria, non potrà pretenderne il prezzo colla *hereditatis petitio* dal venditore che la possedeva *pro herede,* essendo iniquo, nè concedendosi mai e cosa e prezzo. E Ulpiano chiama appunto quella

(18) L. 12. Cod. de her. pet. III. 31. Cf. Gai. IV. 133.

eccezione « quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et *eum qui venumdedit* » perchè di essa può solo valersi il possessore *pro herede* e non anche il terzo detentore. Sia pure, segue a dire il giureconsulto, che i compratori evitti dall'erede esercitino l'azione di garanzia contro il venditore, chiedendogli la restituzione del prezzo sborsato *(quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit)*; tal cosa è pur sempre estranea al giudizio di petizione di eredità e non lo pregiudica in nulla, perchè l'erede non può con esso esigere dal venditore il prezzo delle cose vendute *(non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum)* e quindi è escluso ogni pericolo che su questo punto vengano pronunciate sentenze contradittorie: per concludere, l'erede, che, come proprietario, rivendica le singole cose ereditarie dai terzi compratori non può essere respinto dall'eccezione pregiudiziale *(exceptione non repellatur)*.

Et puto posse res vindicari.	**Ed io ritengo che le cose possano essere rivendicate.**

Esclusa la eccezione *ne praeiudicium fiat hereditati*, la risposta di Ulpiano al punto essenziale non poteva essere diversa: l'erede proprietario può rivendicare le cose sue dai terzi compratori, senza temere che gli venga opposta l'accennata eccezione pregiudiziale; solo resta salvo ai medesimi il diritto di regresso verso il venditore.

Nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.	**Se non che i compratori hanno il regresso verso il possessore di buona fede.**

L'errore degli interpreti è stato, giova anche una volta ripeterlo, di credere che il *nisi* abbia sempre il significato ordinario, mentre può avere anche quello di *sed*, o altro consimile, che qui appunto solo può avere.

Che *nisi* venga usato in luogo di *sed*, *sed tamen*, *verumtamen*, *ma*, *ma però*, *senonchè*, risulta dai seguenti esempi:

Plaut. *Miles Glor.* I, 1, 24: Me sibi habeto, ego me mancupio dabo: nisi unum epityrum estur insane bene.

Id. *Pseud.* IV, 6, 39: Sed quis hic homo'st chlamidatus?

Ba. Non edepol scio. Nisi observemus, quo eat, aut quam rem gerat.

Id. *ibid.* I, 1, 104: Atqui id futurum unde, unde dicam nescio: nisi quia futurumst.

Id. *Rudens* III, 4, 45: Namque huic alterae quae patria sit, profecto nescio. Nisi scio probiorem hanc esse quam te, inpuratissime.

Id. *Stich.* I, 3, 112: Miror, quid siet. Nisi ut periclum fiat, visam quid velit.

Id. *Trin.* IV, 2, 93: Nisi quia lubet experiri, quo evasurust denique.

Id. *Aulul.* II, 7, 1: Curate: ego intervisam quid faciant coqui: quos pol ut ego hodie servem, cura maxuma est. Nisi unum hoc faciam, ut in puteo coenam coquant.

Id. *ibid.* IV, 10, 74: Nunc servom esse ubi dicam meum, non reperio. Nisi etiam hic opperiar tamen paullisper; postea intro hunc subsequar.

Id. *Poen.* IV, 2, 65: Numquam edepol mortalis quisquam fiet e me certior. Nisi hero meo uni indicasso, atque ei quoque, ut ne enuntiet id esse facinus ex te ortum.

Id. *Epid.* II, 2, 78: Si placebit, utitor consilium: si non placebit, reperitote rectius. Mihi istic nec seritur nec metitur: nisi ea, quae tu vis, volo.

Id. *Persa* II, 4, 21: Dî Deaeque me omnes perdant. Nisi hodie, si prehendero, defigam in terram colaphis.

Terentius *Eunuch.* III, 4, 9: Quid illud mali est? Nequeo satis mirari, neque coniicere. Nisi, quidquid est, procul hinc lubet prius, quid sit siscitari (18 bis).

Id. *Hecyra* I, 2, 117: Quid egerint inter se, nondum etiam scio. Nisi sane curae est, quorsum eventurum hoc siet (19).

Id. *ibid.* II, 3, 6: Nec, quî hoc mihi eveniat, scio. Nisi pol filium multimodis iam expeto, ut redeat domum.

Id. *Adelph.* I, 2, 73: Gaudebam. Ecce autem de integro: nisi quidquid est volo scire, atque hominem convenire si apud forum est.

Id. *Eun.* V, 1, 10: Nescio, nisi amasse credo Pamphilam.

Id. *ibid.* V, 6, 27: Non dubium est, quin mihi magnum ex hac re sit malum. Nisi, quia necesse fuit hoc facere, id gaudeo.

(18 bis) L'**Hand,** *Tursell.* Vol. IV. p. 234, dopo aver dato la interpretazione di questo passo, conchiude: Quare facile potest substitui particula *sed.*

(19) L'**Hand,** *Tursell.* Vol. IV. p. 235, vi appone: idem quod, sed sane curae est. — Immediatamente poi vi soggiunge l'altro luogo di **Terent.** *Heaut.* IV, 2, 45: Nescio: nisi ex ipsa quaeras, unde hunc habuerit.

Id. *Andr.* IV, 1, 39: Quamobrem? *Pam.* Nescio. Nisi mihi deos satis scio fuisse iratos.

Id. *Phorm.* V, 7, 58: Quo pacto aut unde haec hic rescivit? Nescio: nisi me dixisse nemini, id certo scio.

Cato *De re rustica* cap. 48: Nuceas pineas ad eundem modum, nisi tamquam allium, serito (20).

Id. *ibid.* cap. 77: Spiram sic facito. Quantum voles pro ratione, ita uti placenta fit, eadem omnia facito; nisi alio modo fingito in solo tracta: cum melle oblinito bene.

Id. *ibid.* cap. 89: Eodem modo anserem alito, nisi prius dato bibere.

Cicero *ad Atticum* XI, 23: Tuas litteras exspectabam. Nisi illud quidem mutari, si aliter est et oportet, non video posse.

Id. *ibid.* V, 14: Nihil mihi gratius facere potes: nisi tamen id erit mihi gratissimum si, quae tibi mandavero, confeceris.

Id. *ibid.* XI, 6: Omnino haec eodem modo ex hac parte fiunt: nisi quod illud erat infinitum.

Id. *ad Famil.* XIII, 1: Cum Patrone Epicureo mihi omnia sunt: nisi quod in philosophia vehementer ab eo dissentio.

Id. *ibid.* XIII, 73: De re nihil possum iudicare: nisi illud mihi certe persuadeo, te talem virum nihil temere fecisse.

Id. *pro Rosc. Amerino* XXXV, 99: Quid erat quod Capitonem primum scire voluerit? Nescio: nisi hoc video, Capitonem in his bonis esse socium (21).

Caesar *De bello gall.* V, 13: Nos nihil de eo percunctationibus reperiebamus; nisi, certis ex aqua mensuris, breviores esse quam in continenti noctes videbamus.

Sallustius *Iugurt.* XXVI, 3: Plura de Iugurtha scribere dehortatur me fortuna mea. Etiam antea expertus sum, parum fidei miseris esse. Nisi tamen intelligo illum, supra quam ego sum, petere, neque simul amicitiam vestram et regnum meum sperare (22).

Id. *ibid.* LXVII, 3: Id misericordiane hospitis, an pactione,

(20) Lo **Schneider** fa questa osservazione alla parola *nisi:* « est scilicet pro *nisi quod*, ut saepe apud Catonem ».

(21) Lo **Schütze** a proposito di questo passo osserva: *Holomanus interpretatur* sed, *quo sensu saepe est apud veteres* nisi, *ut ipse ostendit et alii ostenderunt.*

(22) Vedi intorno a questo passo l' erudita nota dell' **Havercampo** *Sallust.* Amstel. 1742, part. II, pag. 102.

aut casu ita evenerit, parum comperimus. Nisi, quia illi in tanto malo turpis vita integra fama potior fuit, improbus intestabilisque videtur.

Id. *ibid.* C in fine: Et sane Marius illoque aliisque temporibus Iugurthini belli pudore magis quam malo exercitum coercebat; quod multi per ambitionem fieri aiebant, pars quod a pueritia consuetam duritiam et alia, quae ceteri miserias vocant, voluptati habuisset: nisi tamen res publica pariter ac saevissimo imperio bene atque decore gesta.

Gellius X c. 12: Item aliud, inquit, quod hercle an ponerem dubitavi, ita est deridiculae vanitatis: nisi idcirco plane posui, quod oportuit nos dicere, quid de hac re sentiremus.

Apul. *Metam.* IV p. 283 (ediz. *Oudendorp)*: Tanta formidine coetum illum turbaverat, ut nemo fuerit ausus bestiam vel digito contingere: nisi tandem pigre ac timide quidam lanius ursae magnificum despoliavit latronem.

Sueton. *Galba* X in fine: Servi paene (Galbam) interemerunt: nisi cohortantibus invicem ne occasionem omitterent, interrogatisque de qua occasione loquerentur, expressa cruciatu confessio esset.

Nè intorno a questo secondo significato della parola *nisi* v' ha dissenso fra i moderni cultori delle lettere latine: a mo' d' esempio i filologi di maggior grido, che vanta la patria nostra, da noi consultati, han tutti riconosciuto indiscutibile il nostro pensiero, e lo hanno avvalorato dell' alta loro autorità (23).

Se i sommi scrittori del secolo d' oro e l' unanime opinione dei filologi non ci fossero venuti in tanto valido aiuto, ci sarebbe bastato osservare che lo stesso Ulpiano adopera in più di un luogo il *nisi* nel senso di *sed*, come, per citarne uno, nella l. 9. pr. Dig. de servo corrupto XI. 3: « Sed cur deteriorem facit Iulianus conditionem socii, si cum socio agat, quam si cum extraneo agit? Nam qui cum extraneo agit, sive receperit, sive corruperit, agere potest, qui cum

(23) Porgendomesene il destro, mancherei a un caro dovere, se anche pubblicamente non ne rendessi loro vivissime grazie: in modo speciale mi riesce gradito professarmi pieno di gratitudine, per le loro erudite lettere e per i benevoli incoraggiamenti a persistere nell' idea balenatami alla mente, ai miei illustri colleghi **G. B. Gandino** e **Onorato Occioni**, decoro degli atenei di Bologna e di Roma, e a **Francesco Corradini**, che, con molta cura emendato e accresciuto, dette di nuovo in luce l' eccellente vocabolario del Forcellini.

socio, sine alternatione, id est, si corrupit. *Nisi forte non putavit Iulianus hoc cadere in socium, nemo enim suum recipit* (24) ».

Nè, tornando al nostro frammento, si opponga per avventura che le parole *nisi emptores regressum habent* non sono di Ulpiano, ma un' interpolazione di Triboniano, come suppone il Mommsen; dappoichè anche in tal caso il *nisi* potrebbe tradursi per *senonchè*, come ce lo provano tutti i grammatici e lessicografi, dal Ducange sino all' Allgayer, i quali ci insegnano che il *nisi* per *sed, at, tamen* fu di uso frequente anche nei tempi della barbara latinità.

Dimostrato a sufficienza che il *nisi* può avere anche il significato di *sed, sed tamen, attamen,* sarebbe proprio errore imperdonabile il volergli attribuire il significato ordinario: chè altrimenti, per quanto siamo andati ragionando sin qui, rigettate le arbitrarie correzioni del testo, proposte dall'Aloandro, dal Faber, dal Francke, dal Bolze e da altri, bisognerebbe concludere col dare al passo di Ulpiano un senso irragionevole e iniquo.

Nè vale l' osservazione dei moderni pandettisti, che, ammettendosi la rivendicazione contro i compratori, siccome questi si rivolgeranno alla loro volta verso il venditore per essere risarciti dell' evizione sofferta, si venga ad aggravare la responsabilità del possessore pro herede, il quale, a loro dire, non deve soffrire alcun danno nemmeno indiretto (25). Per non aggravare la responsabilità di un erede *supposto,* colla teoria comunemente accolta si riversa tutto il danno sull' erede *vero:* questi non potrebbe nè rivolgersi contro il compratore delle cose alienate, nè ottenerne il prezzo dal venditore, e così per proteggere il *non proprietario* si toglierebbe la proprietà al *proprietario!* Sia permesso anche a noi di

(24) Anche altri giureconsulti classici usano *nisi* invece di *sed*, come, ad esempio, Celso nella l. 58. §. 1. D. de iure dotium. E nello stesso senso è adoperato il *nisi* nel §. 221 dei Frammenti Vaticani. Gaio nelle sue Istituzioni adopera di preferenza *nisi quod* (I. 67, 68, III. 216: « cum actio mandati ad eam rem sufficeret: nisi quod ex lege adversus inficiantem in duplum agitur) ». Il *nisi quod* si trova talvolta anche in Ulpiano, come nella l. 13. §. 7. D. de iniur. 47. 10: « Et quidem mare commune omnium est, et litora, sicut aër, et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi; sed nec aucupari, *nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest* ».

(25) Di questa opinione si trovano già traccie nella **Glossa** ad h. l. verb. *exceptione non repellatur.* Essa fu poi svolta ampiamente dal **Donello** Comm. XIX cap. 14. § 25.

esclamare, colle parole del Fabro, *hoc vero satis non modo absurdum, sed etiam periniquum est* (26).

La teoria, che il possessore pro herede non debba soffrire alcun danno nemmeno indiretto, non trova alcun appoggio nelle fonti (27): i giureconsulti e le leggi romane stabiliscono invece che il possessore non debba mai arricchirsi direttamente o indirettamente colle cose ereditarie (28) e spingono siffatto principio fino alle più lontane conseguenze. Paolo, a mo' d'esempio, decide che, se il possessore di buona fede, dopo avere venduto una cosa appartenente all'eredità per un certo prezzo, l'avesse poi ricomprata per un prezzo minore, non solo dovrebbe restituire all'erede la cosa ricuperata, ma dovrebbe pagargli eziandio la differenza tra il prezzo riscosso

(26) **Fabri** *Rationalia in Pand.* ad l. 25. §. 17. h. t. (tom. II. p. 274): « Ita eveniet ut in damno remaneat verus heres dum neque consulitur et adversus venditorem qui nec petitione hereditatis nec ulla alia actione conveniri potest, neque contra emptores denegata contra eos vindicatione. Hoc vero sane non modo absurdum sed etium periniquum est. Quid enim peccavit verus heres propter quod dominium rei suae ab alio distractae amittere debeat, aut si dominus remanet, a vindicatione tamen arceri quae dominis omnibus iure communi conceditur? Verius igitur est, omnimodo et omni casu competere vero heredi vindicationem, tum quoque, cum emptores regressum adversus venditorem habent. » — Anche il **Groevenegen** trovava la supposta regola di Ulpiano tanto assurda da collocarla fra le leggi abrogate: « Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest; ideoque puto res vindicari posse, licet emptores ad bonae fidei possessorem regressum habeant. » — E il **Troplong**, dopo avere accennato all'opinione del Fabro, soggiunge: « Vedendo che a un giureconsulto tanto illustre ripugnano quelle stesse regole, le quali si vorrebbero introdurre nella nostra giurisprudenza, ho diritto di dire esservi qualche cosa che proclama altamente, che l'*exceptio ex persona venditoris* non soddisfa al buon senso. » — Anche l'illustre **Sampolo** osserva che « la censura del Fabro ci mostra come quella eccezione sia contraria al buon senso » (*Della nullità delle alienazioni di immobili fatte dagli eredi apparenti*, Palermo 1862, pag. 44).

(27) Il §. 11 della l. 25. D. h. t. dice: « Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne *in totum* damno afficiantur »; le quali parole non significano già che il possessore non debba risentire mai danno alcuno, come erroneamente si pretende, ma solo che non debba sopportare ogni danno (*in totum*). E che questo sia il vero senso delle parole *in totum*, risulta anche dai successivi paragrafi 12, 13 e 14, ove il giureconsulto dà la ragione delle medesime ed espone dei casi nei quali il possessore deve sopportare i danni indiretti.

(28) L. 28. D. h. t.: Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est.

nella vendita e quello sborsato per ricomprare la cosa: « *oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius lucratus est* » (29).

Che più! Ulpiano, commentando il testo del noto senatoconsulto emanato sotto Adriano, considera diversi casi in cui il possessore pro herede, sebbene in buona fede, viene a soffrire eventualmente un danno in conseguenza degli atti da lui posti in essere come tale: così se egli paga un debito, supponendo per errore che l'eredità ne fosse aggravata, il pagamento resta a suo carico (30); nè, come già mostrammo precedentemente, l'erede è tenuto a rispettare i diritti di pegno che il possessore abbia concesso sulle cose ereditarie, quantunque i creditori pignoratizi si possano rivolgere contro quest'ultimo pel risarcimento dei danni (31). Inoltre lo stesso solenne giureconsulto, per quanto riguarda più particolarmente la vendita delle cose ereditarie, nella l. 16 §. 7. di questo medesimo titolo suppone il caso che un possessore di buona fede, per pagare i legati di cui si crede onerato nella sua supposta qualità di erede, venda alcuni oggetti spettanti all'eredità, prima che contro di lui venga promossa la *hereditatis petitio;* egli non risponde verso l'erede che in quanto siasi locupletato, ma ciò non impedisce che l'erede possa intentare l'azione di rivendicazione contro il compratore, il quale a sua volta ha il regresso verso il venditore (32).

(29) Nei Basilici è dato questo esempio. Il possessore ha venduto un fondo ereditario per 100 mila, e poi l'ha ricomprato per 50 mila. Se l'erede promuove la her. pet., il possessore non si libera verso di lui restituendogli il fondo, ma deve altresì pagare le 50 mila a cui ammonta la differenza tra i prezzi dei due contratti di compra e vendita, perchè altrimenti, ritenendo questa somma nel suo patrimonio, si arricchirebbe (Bas. 42, 1. 22).

(30) L. 20. §. 18. D. h. t. « nam et Iulianus scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere, *nec imputaturum quod non debitum solvit* ». Questo testo è di tal forza, che uno dei più autorevoli difensori della *communis opinio* confessa apertamente di non potervelo mettere in armonia (**Vangerow** *Pand.* II. §. 508 pag. 356 e 357). Consulta **Francke** l. c. pag. 248.

(31) L. 25. §. 4. D. h. t.

(32) L. 16. §. 7. h. t. Idem Iulianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse; quia habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae et veluti iuris possessor est. Sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti ab eo hereditatem posse, quia repetere potest. *Sed his casibus actiones*

Tutto ciò, ove si prescinda dall'osservazione ampiamente svolta in sul cominciare di questa memoria, che Ulpiano, nella l. 13 §. 4 e 5, considerando l'ipotesi che il possessore di buona fede abbia venduto la intiera eredità, concede la scelta all'erede di convenire il venditore per il prezzo, o il compratore per la restituzione delle cose ereditarie, senza punto distinguere, se a quest'ultimo competa o no contro il venditore il regresso per la sofferta evizione (33).

Se le ragioni giuridiche e d'analogia non bastassero, ricordiamo, nè è superfluo ripeterlo, che la stessa equità e l'indole di tutto il diritto romano chieggono imperiosamente, che non si sacrifichi il diritto del proprietario, tanto più che nel caso concreto il venditore, convenuto coll'azione di garanzia dal compratore, non fa in ultima analisi se non restituire il prezzo da lui riscosso, e che punto non gli appartiene (34). Adottando l'opinione contraria si verrebbe a

suas duntaxat eum praestiturum, quum et res extant, et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare. — La **Glossa**, vedendo che questo testo contrasterebbe alla l. 25 §. 17, intesa nel senso della communis opinio, la limita, dicendo che la rivendicazione ha luogo soltanto nel caso che il compratore non abbia il regresso verso il venditore; ma la l. 16. §. 7. accorda l'azione di rivendicazione senza alcun limite.

(33) Nella **Glossa** ad l. 13. §. 4 verb. *actionem utilem* osserva Accursio che, per mettere d'accordo questo testo di Ulpiano colla l. 25. §. 17, pure di Ulpiano, alcuni glossatori opinavano doversi anche in questo caso sottintendere che l'erede possa agire contro i compratori nel solo caso che questi non abbiano il regresso verso il venditore *(et hoc dicunt quidam quando non habet regressum de evictione)*, ma poi ribatte quest'opinione colle parole « *vel verius illud habeat vel non habeat regressum, unde hic emptor* **indistincte** *tenetur.* » Accenna poi all'altro modo di conciliare i due testi, che cioè qui si tratta della vendita dell'intiera eredità, laddove nella l. 25. §. 17 si parla della vendita di singole cose, ma egli stesso trova affatto inconcludente questa spiegazione, come quella che non tiene conto della vera ragione, la quale esige che in tutti e due i casi il venditore risponda dell'evizione *(ratione contempta, quae ratio est utrotique, quia tenetur venditor de evictione)*. Vedi la nota 10.

(34) E qui richiamo l'attenzione su quanto scrive Paolo nel libro primo delle sue questioni: « Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumpserit id quod pervenit, an desinat teneri, *an vero sufficit semel pervenisse?* et, si consumpto eo decesserit, utrum adversus heredem eius omnimodo competit actio, quoniam hereditariam susceperit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? et melius est omnimodo competere in heredem heredis actionem; *sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua actio esse coepit: alioquin dicendum erit nec ipsum, qui consumpsit quod ad eum pervenit, teneri.* » (L. 17. D. quod met. causa 4. 2).

permettere al venditore di non restituire il prezzo ricevuto in correspettivo di cose che non erano sue, e a privare il proprietario del suo diritto di proprietà: questo non può essere stato di certo il pensiero di Ulpiano; e siccome le parole usate da questo sommo giureconsulto ammettono un' altra spiegazione, più rispondente ai principî di giustizia e di equità, così sarebbe ingiuria attribuirgli un' idea che a quei principî apertamente si oppone.

Quid tamen si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.

Che se però il venditore si offra pronto a sostenere il giudizio di petizione di eredità, come se possedesse ancora le cose alienate, allora comincia ad aver luogo l' eccezione per parte dei compratori.

Ulpiano, dopo avere dichiarato che il proprietario ha l' azione di rivendicazione contro i terzi compratori, e che questi non possono opporre alcuna eccezione contro la medesima, domanda se non debba decidersi diversamente, quando il venditore, per sottrarsi alle conseguenze dell' azione di garanzia, assuma la lite sopra di sè. In tal caso, dice Ulpiano, sorge nei compratori l' eccezione contro l' azione rivendicatoria dell' erede, il che non deve recare meraviglia, ove si consideri che anche le leggi moderne accordano in casi consimili al compratore il diritto di essere posto fuori di causa (35).

Ancora una volta ne piace rivolger lo sguardo sulle parole *quid tamen*, colle quali chiaramente si accenna di volere stabilire un principio opposto a quello indicato nel periodo precedente. Nel primo i compratori non avevano l' eccezione *ne praeiudicium fiat hereditati*, perchè la causa non verteva fra due pretendenti all' eredità *(inter actorem et eum qui venumdedit)*, ma fra il proprie-

(35) Così, ad esempio, il codice di procedura civile del regno d' Italia, all' art. 198, dispone che « nei casi di garantia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa ». (Vedi anche Cod. civ. art. 1497). — Presso i Romani il compratore soleva farsi promettere pel caso di evizione il doppio del prezzo (**Arndts-Serafini** *Pandette* §. 303, nota 8); e talvolta avveniva che il venditore si obbligasse altresì ad assumere la causa del convenuto (L. 21, 37. pr., 74 §. 2. D. de evict. 21. 1; L. 139. D. de verb. obl. 45. 1). Consulta **Francke** l. c. p. 310, nota 11.

tario e i terzi compratori, i quali non possono invocare quest' eccezione (36): nel secondo invece, dopo che il venditore si offre pronto a sostenere il giudizio di petizione di eredità, come se possedesse le cose alienate *(perinde atque si possideret)*, non c'è più ragione di negare ai compratori l'invocata eccezione; tanto più che l'erede non resta punto pregiudicato nei suoi diritti (37).

Certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri: nam et si id quod a debitoribus exegit possessor petitori hereditatis solvit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit, sive bonae fidei possessor, sive praedo fuit qui debitum ab his exegerat, et ipso iure eos liberari.

Certamente se le cose sieno state vendute a un prezzo inferiore, qualunque prezzo abbia conseguito l' attore, si potrà dire a più forte ragione ch' egli debba essere respinto con un' eccezione: imperocchè anche quando il possessore ha pagato all' attore in petizione di eredità ciò che ha riscosso dai debitori, Giuliano insegna che questi rimangono liberati, tanto se fu possessore di buona fede quegli che riscosse il debito da essi, quanto se fu di mala fede; e sono liberati di pieno diritto.

Quando l'erede abbia già ricevuto dal possessore il prezzo delle cose alienate, qualunque esso sia, superiore od inferiore al valore delle cose medesime, allora è naturale che non può più dirigersi contro il compratore, perchè anzitutto verrebbe a domandare oltre il prezzo già ricevuto anche la cosa, e inoltre, avendo accettato il prezzo, è venuto in certo modo ad approvare la vendita, e sarebbe in dolo se volesse poi toglierle efficacia, facendo valere la rei vindicatio (38).

(36) Vedi **Cuiacio** ad l. 12. Cod. de hered. pet. III. 31 (Opera omnia, Edit. Fabroti IX. 190, Edit. Mutinae IX. 165).

(37) Vedi **Savigny** *Sist.* VI. 436 (ediz. franc. 443). È molto importante la l. 13. D. de except. 44. 1: *Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem* « quod praeiudicium hereditati non fiat »; *futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparate sunt.* — Consulta **Cuiacio** *Recit. sol. ad Cod.* III. 31. l. 12 (Op. omn. Ed. Fabroti IX. 180).

(38) **Donelli** *Comment.* XIX. c. 14. §. 35.

A conferma di questo principio, Ulpiano riferisce una decisione di Giuliano, secondo cui i debitori rimangono liberati verso l'erede, quando abbiano pagato nelle mani del possessore dell'eredità, e questi abbia poi restituito le somme all'erede. L'erede, abbia ricevuto le somme dovutegli o direttamente dai debitori, o per mezzo del possessore pro herede, è stato pagato, e se volesse agire di nuovo verso i debitori per ottenere quello che ha già avuto, cadrebbe in dolo.

Argomentando a contrariis, risulta che se il possessore dell'eredità non ha pagato al vero erede i crediti riscossi, o non ha restituito il prezzo delle cose alienate, l'erede ha salva l'azione contro i terzi, sia per ottenere il pagamento dei debiti ereditari, sia per rivendicare le cose da essi possedute, salvo ad essi il diritto di rivolgersi verso il possessore dell'eredità, al quale hanno pagato le somme dovute o il prezzo delle cose alienate.

Per le quali considerazioni resta provato all'evidenza che l'erede, il quale non abbia ottenuto la cosa o il prezzo dal possessore dell'eredità, può spiegare l'azione di rivendicazione contro i terzi compratori *(et puto posse res vindicari)*, salvo a questi il diritto di regresso verso il venditore — ***nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.***

Ex. C.M.
12/8/15

Ex. C.M.
12/8/26